

Het toepassingsgebied van Boek XX WER: hoe meer zielen, hoe meer vreugd?

Melissa Vanmeenen en Inge Van de Plas¹

Hoofdstuk 1. De impact van de definities uit Boek I WER	208
<i>Afdeling 1. Artikel I.1 WER – Algemene definities</i>	208
§ 1. Onderneming	208
§ 2. Beoefenaar van een vrij beroep	209
<i>Afdeling 2. Artikel I.22 WER: specifieke definities binnen Boek XX WER</i>	210
§ 1. Insolventieprocedure artikel I.22, 1° WER	210
§ 2. Schuldenaar: artikel I.22, 8° WER	211
§ 3. Insolventierechtbank: artikel I.22, 4° WER	211
Hoofdstuk 2. Het toepassingsgebied van Boek XX WER	212
<i>Afdeling 1. Entiteiten die beschouwd worden als een onderneming in de zin van artikel XX.1 WER</i>	213
§ 1. Iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent	213
§ 2. Iedere rechtspersoon	214
§ 3. Iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid met uitkeringsoogmerk of die feitelijke uitkeringen verricht	216
<i>Afdeling 2. Entiteiten die niet beschouwd worden als een onderneming in de zin van artikel XX.1 WER</i>	218
§ 1. Organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk hebben of feitelijke uitkeringen verrichten	218
§ 2. Iedere publiekrechtelijke rechtspersoon	219
§ 3. Statelijke organisaties	220
<i>Afdeling 3. De financiële sector als buitenbeentje</i>	221
<i>Afdeling 4. De bijzondere bescherming van de beoefenaar van een vrij beroep</i>	221
Hoofdstuk 3. Temporeel toepassingsgebied	223

1. Met de goedkeuring van de wet van 11 augustus 2017² krijgt het insolventierecht een volwaardige plaats binnen het Wetboek Economisch Recht. Boek XX WER introduceert een eengemaakt insolventierecht voor ondernemingen en verenigt alle relevante bepalingen op dit punt. Het betreft in eerste instantie alle bepalingen uit de huidige Wet Continuïteit Ondernemingen³ en de Faillissementswet⁴, maar ook aspecten zoals grensoverschrijdende insolventie, aansprakelijkheid en beroepsverbod krijgen een plaats. De kern van Boek XX WER wordt gevormd door het bestaand recht, maar er zijn ook talrijke vernieuwingen. Eén van de meest in het oog springende veranderingen is het verruimde toepassingsgebied van het nieuw insolventierecht. Deze uitbreiding wordt gerealiseerd door de introductie van een nieuw ondernemingsbegrip.

In deze bijdrage zullen we dieper ingaan op het nieuwe toepassingsgebied van Boek XX WER. De bijdrage bestaat uit drie delen. In eerste instantie besteden we aandacht aan de kerndefinities die het toepassingsgebied van Boek XX WER mee vorm geven. Na een korte situering over het belang van de definities en de verhouding tussen de definities uit artikel I.1 en I.22 WER, worden alle definities die relevant zijn voor het algemene toepassingsgebied geanalyseerd. In het tweede deel van de bijdrage ligt de focus op het nieuwe ondernemingsbegrip dat gehanteerd wordt binnen Boek XX WER. Volledigheidshalve wordt bij de bespreking van het ondernemingsbegrip zowel verwezen naar het huidige artikel XX.1, § 1 WER, als naar het toekomstige artikel I.1, 1° WER. Immers het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht⁵, dat momenteel in de Kamer

¹. Onderzoeksgroep Onderneming & Recht, Universiteit Antwerpen.

². Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (BS 11 september 2017), hierna “Boek XX WER”.

³. Wet van 31 januari 2009 betreffende de continuïteit van de ondernemingen (BS 9 februari 2009), hierna “Wet Continuïteit Ondernemingen” of “WCO”.

⁴. Faillissementswet van 8 augustus 1997 (BS 28 oktober 1997, p. 28.562), hierna “Faillissementswet” of “Faill.W.”.

⁵. Zie wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001 (hierna, wetsontwerp ondernemingsrecht). De goedkeuring van dit wetsontwerp wordt verwacht in de eerstkomende weken. Over de exacte datum van inwerkingtreding bestaat op heden geen duidelijkheid. Op grond van de goedgekeurde teksten die momenteel voorliggen, zullen alle bepalingen uit het wetsontwerp die betrekking hebben op boek XX WER in werking treden op 1 mei 2018. De andere bepalingen zullen in werking treden op 1 november, tenzij andersluidend K.B.

wordt besproken, zorgt voor een nieuwe evolutie op dit vlak⁶. We sluiten de bijdrage af met een korte bespreking

over de temporele toepassing van het nieuwe Boek XX WER.

HOOFDSTUK 1. DE IMPACT VAN DE DEFINITIES UIT BOEK I WER

2. Boek I van het WER bevat definities van alle begrippen die relevant zijn voor de toepassing van het WER. We moeten een onderscheid maken tussen de algemene definities enerzijds (Titel I) en de definities eigen aan bepaalde boeken anderzijds (Titel II). Voor de toepassing van Boek XX WER zijn beide titels relevant.

In Titel I, meer bepaald artikel I.1 WER, worden een aantal kernbegrippen gedefinieerd. Deze begrippen zijn bedoeld als gemeenschappelijke kern, die doorheen alle boeken van het WER dezelfde invulling krijgen. Echter bij de uitwerking van het WER bleef de wetgever niet altijd trouw aan dit uitgangspunt⁷. Dit betekent dat de algemene kernbegrippen in sommige boeken anders worden ingevuld dan zoals gedefinieerd in artikel I.1 WER. Het huidige Boek XX WER is een illustratie van deze weinig lovenswaardige werkwijze. Hierna gaan we kort in op de interactie tussen de algemene definities uit artikel I.1 WER en Boek XX WER.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan de specifieke definities uit Boek XX WER. Artikel I.22 WER bevat een lange opsomming van alle begrippen die relevant zijn voor de toepassing van Boek XX WER. In deze bijdrage analyseren we een aantal geselecteerde begrippen die relevant zijn voor de afbakening van het toepassingsgebied van het nieuw insolventierecht.

Afdeling 1. Artikel I.1 WER – Algemene definities

§ 1. Onderneming

3. Het ondernemingsbegrip uit artikel I.1, 1° WER staat momenteel op een keerpunt. Voor een goed begrip, is het

noodzakelijk om deze (voortschrijdende) evolutie te schetsen.

Bij de invoering van het Wetboek Economisch Recht wenste de wetgever het economisch recht los te koppelen van de achterhaalde begrippen “koopman” of “handelaar” en namen als nieuw uitgangspunt de “onderneming”⁸. Het moderne ondernemingsbegrip werd als volgt verwoord in artikel I.1, 1° WER: “Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen.” Dit ondernemingsbegrip werd onder invloed van het Europees recht geïntroduceerd in het mededingingsrecht⁹ en de consumentenbescherming¹⁰, maar verspreidde zich ook naar andere domeinen van het economisch recht¹¹. De kernelementen binnen dit algemene ondernemingsbegrip zijn 1) duurzaam nastreven 2) van een economisch doel.

Het was de doelstelling van de wetgever om binnen het WER tot een uniforme regeling van het economisch recht te komen met behulp van “een eenvormig begrippenapparaat”¹². Deze doelstelling is lovenswaardig, maar helaas niet vervuld. Het WER bevat naast de algemene definitie van onderneming in artikel I.1, 1° WER afwijkende definities¹³ van het begrip onderneming¹⁴. Dit gebeurde ook in Boek XX WER, waar het begrip “onderneming” een eigen invulling kreeg, die afweek van de hierboven besproken algemene definitie van onderneming uit artikel I.1, 1° WER.

Aan deze situatie komt binnenkort een einde, doordat de basisdefinitie van het begrip onderneming van Boek I WER wordt vervangen door het ondernemingsbegrip uit het huidige artikel XX.1, § 1 WER. Met andere woorden het nieuwe ondernemingsbegrip dat werd ingevoerd via artikel XX.1, § 1 WER, bepalend voor de afbakening van het toepassingsgebied in het insolventierecht, wordt binnen-

⁶ Deze bijdrage werd afgesloten op 14 maart 2018; als uitgangspunt voor de bespreking van het toekomstige ondernemingsbegrip werd rekening gehouden met de tekst van het wetsontwerp ondernemingsrecht zoals aangenomen in tweede lezing door de Kamercommissie op 14 maart 2018.

⁷ I. VEROUGSTRAETE, “Wetboek economisch recht: een aanbouwwetboek”, *RW* 2014-15, 1607-1608.

⁸ E. TERRY, “Codificatie in het economisch recht” in B. TILLEMANS en E. TERRY (eds.), *Handels- en economisch recht (Liber Amicorum G.L. Ballon)*, Mechelen, Kluwer, 2011, 58; A. AUTHENNE en N. THIRION, “Le Code de droit économique: une première évaluation critique”, *JT* 2014, 708; J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en wet natuurlijke rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht” in B. KEIRSBlick en E. TERRY (eds.), *Het Wetboek economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 9.

⁹ Voormalig art. 1, 1° WBEM.

¹⁰ Voormalig art. 2, 1° WMPC. Voor een algemeen overzicht over de evolutie van het ondernemingsbegrip, zie G. STRAETMANS, “Het ondernemingsbegrip in het mededingingsrecht (kartelrecht) en in de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming” in I. CLAEYS (ed.), *Economisch recht: ondernemingen, concurrenten en consumenten*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2011, 261-307.

¹¹ Bv. art. 2, 2° Wet betalingsachterstand handelstransacties van 2 augustus 2002.

¹² *Memorie van toelichting* bij wetsontwerp van 6 december 2012 tot invoering van het Wetboek Economisch Recht, *Parl.St.* Kamer 2012-13, nr. 2543/001, 10.

¹³ Art. I.4, 1° jo. III.16, 4° WER; art. I.5, 1° WER.

¹⁴ Zie hierover o.a. J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en wet natuurlijke rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht” in B. KEIRSBlick en E. TERRY (eds.), *Het Wetboek economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 13.

kort veralgemeend door de verplaatsing ervan naar artikel I.1, 1° WER¹⁵. Dit betekent echter niet dat er in de toekomst binnen het Wetboek Economisch Recht slechts één ondernemingsbegrip zal gelden. De bestaande definitie van huidig artikel I.1, 1° WER (“*Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op duurzame wijze een economisch doel nastreeft, alsmede zijn verenigingen*”), zal nog steeds gelden voor de toepassing van specifieke boeken binnen het WER.

Op het ogenblik dat deze bijdrage werd afgesloten, wordt het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht¹⁶ in de Kamercommissie besproken. Dit wetsontwerp beoogt onder andere de besproken aanpassing van artikel I.1, 1° WER. Krachtens artikel 29 van dit wetsontwerp¹⁷ wordt artikel I.1, eerste lid WER als volgt gewijzigd:

“1° onderneming: elk van volgende organisaties:

- (a) *iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;*
- (b) *iedere rechtspersoon;*
- (c) *iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.*

Niettegenstaande het voorgaande zijn geen ondernemingen, behoudens voor zover anders bepaald in de hierna volgende boeken of andere wettelijke bepalingen die in dergelijke toepassing voorzien:

- (a) *iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie;*
- (b) *iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt;*
- (c) *de federale Staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.”*

Zodra deze nieuwe invulling van het ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° WER wordt ingevoerd, zal het ondernemingsbegrip zoals opgenomen in Boek XX (art. XX.1, § 1 WER) worden opgeheven¹⁸. Vanaf dat moment zal artikel XX.1 WER in een afgeslankte vorm verder blijven bestaan: de definiëring van het ondernemingsbegrip (§ 1) wordt verplaatst naar artikel I.1, 1° WER, maar de bepalingen over de beoefenaars van een vrij beroep (§ 2 en 4) en de gedeeltelijke uitsluiting van de financiële sector onder Boek XX WER (§ 3) blijven vanzelfsprekend behouden.

§ 2. Beoefenaar van een vrij beroep

4. De wet van 11 augustus 2017 introduceert, naast de invoering van het Boek XX, tevens een nieuwe definitie van het begrip “*beoefenaar van een vrij beroep*” in de algemene definities van artikel I.1 WER¹⁹. Deze algemene definitie van vrijberoepsbeoefenaar zal gelden in het insolventierecht (zie art. I.22, 10° WER waar expliciet wordt verwezen naar de algemene definitie), maar kent een veralgemeende toepassing doorheen het hele WER.

De nieuwe definitie van de beoefenaar van een vrij beroep in artikel I.1, 14° WER luidt als volgt: “*elke onderneming wiens activiteit er hoofdzakelijk in bestaat om, op onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid, intellectuele prestaties te verrichten waarvoor een voorafgaande opleiding en een permanente vorming is vereist en die onderworpen is aan een plichtenleer waarvan de naleving door of krachtens een door de wet aangeduide tuchtrechtelijke instelling kan worden afdwongen.*”

Deze definitie leunt nauw aan bij de bestaande definitie in artikel I.8, 35° WER²⁰: alle belangrijke aspecten uit de oorspronkelijke definitie werden hernomen. De controle op de kwaliteit van de beroepsactiviteit wordt in de definitie sterk benadrukt. Enkel beroepsbeoefenaars die beschikken over een door de wet erkend tuchtorgaan kunnen als vrij beroepsbeoefenaars worden erkend. Dit tuchtorgaan moet door of krachtens een wet belast zijn met afdwinging van de plichtenleer. Er moet dus sprake zijn van een kwaliteitsvolle deontologie, die wordt gecontroleerd door een betrouwbaar

¹⁵. Tijdens de redactie van Boek XX was al bekend dat het algemene begrip “onderneming” van Boek I zou vervangen worden door een nieuw begrip. Zie *memorie van toelichting* bij wetsontwerp van 20 april 2017 houdende invoering van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoering van de definities eigen aan Boek XX, en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX, in Boek I van het Wetboek van economisch recht, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 26, 28-29 en 32-33 (hierna, *MvT* nr. 2407/001). Zie ook de verwijzing door de minister van Justitie bij de plenaire stemming van het wetsontwerp naar de zogenaamde “triologie” van insolventierecht, algemeen ondernemingsrecht en vennootschapsrecht. *Hand.Kamer* 2016-17, 13 juli 2017, nr. CRIV 54 PLEN 180, 13.

¹⁶. Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001.

¹⁷. We baseren ons op de tekst van het wetsontwerp ondernemingsrecht zoals goedgekeurd door de Kamercommissie in eerste lezing; zie *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, p. 15.

¹⁸. Zie art. 254 wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 113. In afwachting van de definitieve goedgekeurde wettekst, kan niet met zekerheid worden voorspeld wanneer het nieuwe ondernemingsbegrip in werking zal treden. Oorspronkelijk zou dit op 1 november 2018 gebeuren, maar via een goedgekeurd amendement (nr. 73) werd deze termijn terug gebracht tot 1 mei 2018.

¹⁹. Zie art. 65 wet van 11 augustus 2017.

²⁰. “*Elke natuurlijke persoon of rechtspersoon die op intellectueel onafhankelijke wijze en onder eigen verantwoordelijkheid een beroepsactiviteit uitoefent die hoofdzakelijk uit intellectuele prestaties bestaat, voorafgaand de vereiste opleiding heeft gevolgd, tot permanente vorming is gehouden, onderworpen is aan een bij of krachtens de wet opgericht tuchtorgaan en geen koopman is in de zin van artikel 1 van het Wetboek van Koophandel.*”

en degelijk tuchtorgaan. Het oorspronkelijke verschil tussen de twee taalversies van de definitie (of de tuchtrechtelijke instelling al dan niet door de wet moet worden aangeduid), wordt in het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht²¹ rechtgezet.

5. De invoering van de algemene definitie van de beoefenaar van een vrij beroep door de wet van 11 augustus 2017 in artikel I.1, 14° WER gaat gepaard met de schrapping van de specifieke definitie in artikel I.8, 35° WER. Deze laatste definitie werd geïntroduceerd bij de invoering van Boek XIV, *Marktpraktijken en consumentenbescherming betreffende beoefenaars van een vrij beroep*, en het toepassingsgebied was bijgevolg beperkt tot dit specifieke boek. In het hangende wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht wordt Boek XIV definitief geschrapt²². De duidelijke keuze van de wetgever is toe te juichen. Op deze wijze krijgen we een eenvoudig en eenduidig wettelijk kader waarbij alle bepalingen van het WER die betrekking hebben op de vrijberoepsbeoefenaar steeds worden toegepast op dezelfde groep van ondernemingen. Verder in deze bijdrage zullen we concreter ingaan op de toepassing van het insolventierecht op de vrijberoepsbeoefenaars²³.

Afdeling 2. Artikel I.22 WER: specifieke definities binnen Boek XX WER

6. De definities uit artikel I.22 WER zijn de definities eigen aan Boek XX WER²⁴. Artikel I.22 is een verzameling van relevante definities overgenomen uit reeds bestaande insolventiewetgeving²⁵. Deze definities bepalen mee de draagwijdte en het toepassingsgebied van Boek XX WER. Gelet op het algemene karakter van deze bijdrage, beperken we ons tot een bespreking van enkele algemene begrippen die een ruime draagwijdte hebben. De invulling van de specifieke termen wordt, waar dit relevant is, besproken in andere bijdragen in dit themanummer.

§ 1. Insolventieprocedure: artikel I.22, 1° WER

7. Het begrip insolventieprocedure in Boek XX WER omvat de gerechtelijke reorganisatie (door een minnelijk akkoord, een collectief akkoord of een overdracht onder gerechtelijk gezag) en het faillissement. Deze keuze is wellicht logisch, maar roept toch ook een aantal vragen op.

De invulling van het begrip insolventieprocedure in Boek XX WER is beperkter dan de definitie in de Insolventieverordening nr. 2015/848, hoewel dit het instrument de inspiratiebron was voor de invoering van het begrip insolventieprocedure.

Volgens bijlage A aan de Insolventieverordening nr. 2015/848 zijn volgende procedures in België als insolventieprocedures te beschouwen: het faillissement, de gerechtelijke reorganisatie, de collectieve schuldenregeling, de vereffening en de ontneming van beheer (in de zin van voormalig art. 8 Faill.W., thans XX.32 WER). Het feit dat de collectieve schuldenregeling en de vereffening buiten het toepassingsgebied van Boek XX WER vallen, verklaren waarom ze niet worden opgenomen in de definitie van artikel I.22, 1° WER. Maar wat te denken van de voorlopige ontneming van beheer? Volgens een letterlijke interpretatie van de definitie wordt deze procedure niet als insolventieprocedure beschouwd, terwijl dit wel een voorlopige maatregel is in Boek XX²⁶.

De hierboven aangestipte beperkte interpretatie van het begrip “insolventieprocedure” zal ook spelen bij de toepassing van de bepalingen aangaande Europese insolventieprocedures²⁷. In deze artikelen moet insolventieprocedure worden begrepen in de zin van artikel I.22, 1° WER en niet in haar ruimere Europeesrechtelijke betekenis.

8. Naast het begrip “insolventieprocedure” definieert Boek I WER ook het begrip “hoofdotsolventieprocedure” (art. I.22, 2° WER). Dit is niet zozeer een definitie, maar een verwijzing naar de relevante bepaling in de Insolventieverordening nr. 2015/848²⁸. De meerwaarde van deze definitie

21. De aanpassingen gebeurden via amendementen ingediend tijdens de bespreking in de Kamercommissie. Zie voor de aangepaste versie: art. 29 wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 16.

22. Zie art. 249 wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 111.

23. Zie *infra*, randnrs. 36-39.

24. Het valt op dat de definities in art. I.22 WER niet in alfabetische volgorde staan. Dit is enerzijds te betreuren, omdat een alfabetische rangschikking het gebruik van dit artikel ten goede zou komen. Anderzijds maakt tweetalige wetgeving een alfabetische rangschikking moeilijk en zou een alfabetische volgorde tevens kunnen leiden tot een onsamenhangend geheel van definities. De opstelling van de wet in twee talen heeft immers tot gevolg, dat men maar in één taal een alfabetische rangschikking kan hanteren (zie Adv. RvS nr. 60/760/2, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 288-289). Eens men in één taal een alfabetische rangschikking gebruikt, moet men in de andere taal dezelfde volgorde hanteren, ongeacht of deze alfabetisch is. Dit om te vermijden dat een nummer naar verschillende definities zal verwijzen. Daarnaast is een alfabetische rangschikking geen garantie voor een logische opbouw van de definities. Zo zouden bv. de begrippen, “schuldvorderingen in de opschorting” (art. I.22, 11° WER), “gewone schuldvorderingen in de opschorting” (art. I.22, 12° WER) en “buitengewone schuldvorderingen in de opschorting” (art. I.22, 14° WER) niet langer samen staan en niet in een logische opeenvolging. De keuze om de definities niet alfabetisch te rangschikken, maar op basis van een meer logische samenhang tussen de verschillende begrippen is aldus verantwoord.

25. Faillissementswet; Wet Continuïteit Ondernemingen; Verordening nr. 2015/848 van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 2015 betreffende insolventieprocedures (*Pb.L.* 5 juni 2015, afl. 141, 19) (hierna, Insolventieverordening nr. 2015/848).

26. Art. XX.32 WER.

27. Art. XX.202-XX.208 WER.

28. Art. 3 Insolventieverordening nr. 2015/848.

is niet duidelijk, eigenlijk kan deze definitie probleemloos worden weggelaten. Het begrip “hoofdinsolventieprocedure” komt in Boek XX enkel voor in Titel VII over de grensoverschrijdende insolventieprocedures. Wanneer we deze bepalingen bekijken, dan zien we inconsequenties. In artikel XX.202 WER wordt (opnieuw) rechtstreeks verwezen naar de hoofdinsolventieprocedure in de zin van de Insolventieverordening nr. 2015/848. Echter de term “hoofdinsolventieprocedure” wordt in artikel XX.211 WER ook gebruikt in een context die expliciet niet door de Insolventieverordening nr. 2015/848 wordt beheerst.

Opvallend is dat de concepten “territoriale insolventieprocedure”²⁹ en “secundaire insolventieprocedure”³⁰ niet worden opgenomen in de definities van artikel I.22 WER, terwijl ze wel gebruikt worden in Boek XX WER. Deze keuze is terecht. Het volstaat opnieuw dat, waar passend, naar de relevante bepalingen in de Insolventieverordening nr. 2015/848 wordt verwezen, zoals nu reeds is gebeurd in artikel XX.203 WER.

We kunnen besluiten met de bedenking dat ook de definitie van “insolventieverordening” (art. I.22, 23° WER) niet altijd consequent wordt gebruikt in Boek XX. In de bepalingen XX.122, § 1 en XX.210 WER worden de referenties node-loos herhaald.

§ 2. Schuldenaar: artikel I.22, 8° WER

9. De definitie van “schuldenaar” in Boek I WER verwijst naar de definitie van onderneming in artikel XX.1 WER³¹. Met andere woorden: in het nieuwe insolventierecht worden schuldenaars gelijk gesteld met ondernemingen.

Naast de algemene definitie van schuldenaar introduceert Boek XX ook de begrippen “schuldenaar die zijn goederen in bezit houdt”³², “moedervernootschap”³³, “vennootschapsgroep”³⁴ en “verbonden ondernemingen”³⁵. De vraag is echter of Boek XX zoveel definities voor verschillende soorten van schuldenaars nodig heeft. De begrippen “schul-

denaar die zijn goederen in bezit houdt”, “moedervernootschap” en “vennootschapsgroep” zijn (opnieuw) afkomstig uit de Insolventieverordening nr. 2015/848³⁶ en worden slechts eenmalig gebruikt in Titel VII aangaande grensoverschrijdende insolventie³⁷. Wat betreft de vennootschapsgroep gaat het om de mogelijkheid tot samenwerking tussen rechtbanken die insolventieprocedures hebben geopend in hoofde van leden van eenzelfde vennootschapsgroep.

Het begrip “verbonden ondernemingen” lijkt nauw verwant te zijn met de begrippen “moedervernootschap” en “vennootschapsgroep”³⁸. Het begrip wordt eenmalig gebruikt in artikel XX.13 WER. Deze bepaling voorziet in de mogelijkheid dat één rechtbank territoriaal bevoegd is om insolventieprocedures te openen in hoofde van verschillende ondernemingen die deel uitmaken van eenzelfde vennootschapsgroep. Het valt te betreuren dat de wetgever de zaken node-loos complex maakt met verschillende begrippen. Het lijkt ons logisch om zowel op internationaal als nationaal vlak dezelfde begrippen te hanteren als het gaat over de bevoegdheid m.b.t. vennootschapsgroepen in de meest ruime zin van het woord. Gelet op de overeenstemming tussen beide begrippen, kan het zinvol zijn om één begrip te hanteren voor het volledige Boek XX WER.

§ 3. Insolventierechtbank: artikel I.22, 4° WER

10. De insolventierechtbank is “de rechtbank van koop-handel bevoegd om een insolventieprocedure te openen of die ze geopend heeft”. De bevoegdheid van de rechtbank van koophandel wordt op dubbele wijze bepaald: de materiële bevoegdheid en de territoriale bevoegdheid.

Artikel 574 Ger.W., zoals gewijzigd door de wet van 11 augustus 2017, bakt de materiële bevoegdheid af: “*vo-rderingen en geschillen rechtstreeks ontstaan uit een insolventieprocedure bedoeld in Boek XX van het Wetboek van Economisch Recht, waarvan de gegevens voor de oplossing zich bevinden in het bijzonder recht dat van toepassing is op*

²⁹. Art. XX.203 WER.

³⁰. Art. XX.205 WER.

³¹. Noteer dat deze verwijzing aangepast wordt door het wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht; art. 42 wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 49. De nieuwe definitie luidt als volgt: schuldenaar: “een onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon”. Het begrip onderneming zal in deze context begrepen moeten worden in de zin van art. I.1, 1° WER. De expliciet vermelde uitzondering m.b.t. publiekrechtelijke rechtspersonen, die niet als schuldenaar onderworpen kunnen worden aan het insolventierecht, is wellicht ingegeven door het feit dat men zonder enige uitzondering alle publiekrechtelijke rechtspersonen wilde uitsluiten van het insolventierecht. Zie hierover meer uitgebreid randnr. 32.

³². Art. I.22, 9° WER. Dit begrip wordt slechts één maal gebruikt in Boek XX, nl. in art. XX.202. De meerwaarde van deze definitie is dus beperkt. Het begrip werd overgenomen uit de insolventieverordening nr. 2015/848, waarin dit begrip wel regelmatig wordt gebruikt.

³³. Art. I.22, 24° WER.

³⁴. Art. I.22, 25° WER.

³⁵. Art. I.22, 26° WER.

³⁶. Art. 2, 14. en 2, 13. insolventieverordening nr. 2015/848.

³⁷. “Schuldenaar die zijn goederen in bezit houdt”: wordt slechts éénmaal gebruikt in art. XX.202 WER; “vennootschapsgroep”: art. XX.207 en XX.218 WER. Het begrip “moedervernootschap” wordt in Boek XX enkel gebruikt om het begrip vennootschapsgroep te verduidelijken en komt dus enkel voor in de definities van art. I.22 WER.

³⁸. De “vennootschapsgroep” wordt gedefinieerd met behulp van het begrip “moedervernootschap”, de vennootschap die rechtstreeks of onrechtstreeks controle uitoefent over één of meer vennootschappen (art. XX.1, 24° *jo.* 25° WER). Voor de “verbonden ondernemingen” verwijst art. I.22, 26° WER naar art. 11, 1° W.Venn. dat ook uitdrukkelijk verwijst naar de controle van één onderneming over de andere.

het stelsel van de insolventie”. De hierboven besproken nauwe invulling van het begrip “insolventieprocedure” werkt dus door in het Gerechtelijk Wetboek. Een letterlijke lezing zou impliceren dat de rechtbank van koophandel enkel bevoegd is voor de procedure van gerechtelijke reorganisatie en faillissement. Uiteraard kan dit niet de bedoeling zijn, de materiële bevoegdheid zal moeten slaan op alle aspecten die binnen Boek XX WER worden geregeld, dus ook het buitengerechtelijk minnelijk akkoord, de voorlopige maatregelen, de aansprakelijkheidsvorderingen³⁹ en het beroepsverbod⁴⁰.

De territoriale bevoegdheid van de rechtbank van koophandel wordt niet langer opgenomen in het Gerechtelijk Wetboek⁴¹, maar krijgt een nieuwe plaats in de artikelen XX.12-XX.14 WER. De aanwijzing van de territoriaal bevoegde rechtbank van koophandel⁴² gebeurt aan de hand van het kernbegrip “centrum van voornaamste belangen”⁴³. De con-

crete invulling van dit begrip wordt verder verduidelijkt aan de hand van weerlegbare vermoedens opgenomen in artikel XX.12 WER.

11. Opvallend is dat er binnen Boek XX WER weinig aandacht is voor een consequent gebruik van het begrip “insolventierechtbank”. De wetgever lijkt naar believen het begrip “rechtbank” en “insolventierechtbank” door elkaar te gebruiken. Men kan zich dus afvragen wat de meerwaarde is van het specifieke begrip “insolventierechtbank”. Immers het begrip “rechtbank” zal evengoed verwijzen naar de bevoegde rechtbank van koophandel op basis van de voormelde bevoegdheidsregels. Het begrip komt evenmin voor in de Insolventieverordening nr. 2015/848. Er lijken dus weinig redenen te bestaan om dit afzonderlijke begrip te behouden.

HOOFDSTUK 2. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN BOEK XX WER

12. Het sleutelbegrip bij de bespreking van het toepassingsgebied is “de onderneming”⁴⁴. Voor een goed begrip van het toepassingsgebied van Boek XX⁴⁵, moet men nauwgezet rekening houden met de hoger geschetste evolutie van het ondernemingsbegrip. Vanaf 1 mei 2018 treedt Boek XX WER in werking. Vanaf dat ogenblik wordt bij de toepassing van het insolventierecht rekening gehouden met het ondernemingsbegrip in artikel XX.1, § 1 WER. Eenmaal de hervorming van het ondernemingsrecht een feit is⁴⁶, zal het toepassingsgebied van het insolventierecht bepaald worden door het nieuwe artikel I.1, 1° WER. Aangezien bij het ter perse gaan van dit tijdschrift het wetsontwerp ondernemingsrecht (nr. 2828/001) nog niet definitief is goedgekeurd, gaat deze bijdrage uit van het ondernemingsbegrip in artikel XX.1, § 1 WER. Bij de bespreking wordt echter steeds aandacht besteed aan de gelijkenissen en verschillen met het toekomstig ondernemingsbegrip van artikel I.1, 1° WER.

13. Artikel XX.1, § 1 WER luidt als volgt:

“Voor de toepassing van dit boek zijn ondernemingen:

- (a) iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent;
- (b) iedere rechtspersoon;
- (c) iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid.

Voor toepassing van dit boek zijn, in afwijking van het eerste lid, geen ondernemingen:

- (a) iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie;
- (b) iedere publiekrechtelijke rechtspersoon;
- (c) de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meerge-

³⁹. Zie art. XX.228 WER waar de insolventierechtbank expliciet bevoegd wordt geacht.

⁴⁰. Zie art. XX.229 WER waar de insolventierechtbank expliciet bevoegd wordt geacht.

⁴¹. Art. 631 Ger.W. wordt afgeschaft.

⁴². Art. XX.12 WER.

⁴³. Art. I.22, 17° WER.

⁴⁴. Voor een boeiende analyse en historische duiding bij de evolutie van het toepassingsgebied van koopman naar onderneming in het insolventierecht, zie W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.) *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 9-20.

⁴⁵. Zie ook voor een bespreking van het toepassingsgebied van boek XX WER: W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 10-30; Z. PLETINCKX, “Le champ d’application des procédures” in A. DESPOTIN, *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): un (r)évolution?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, 13-40; P. T’KINDT, “L’application du livre XX du Code de droit économique aux associations”, in C. ALTER (ed.), *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l’insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 54-62.

⁴⁶. Zie wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/001. Bij het afsluiten van deze bijdrage werd de tekst in tweede lezing aangenomen door de Kamercommissie en wees alles op een snelle goedkeuring. Over de inwerkingtreding van deze nieuwe wet bestaat momenteel nog geen zekerheid. Oorspronkelijk was de inwerkingtreding voorzien op 1 november 2018, maar tijdens de tweede lezing werd amendement 73 goedgekeurd, waarin de inwerkingtreding werd bepaald op 1 mei 2018.

meentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.”

We stellen onmiddellijk vast dat deze nieuwe definitie een zeer ruime draagwijdte heeft⁴⁷. De wetgever geeft drie redenen voor de creatie van het specifieke ondernemingsbegrip in Boek XX: (1) de nieuwe definitie kan dienen als bouwsteen voor de definitie van onderneming in het WER, het Gerechtelijk Wetboek en het Burgerlijk Wetboek [dit voornemen wordt duidelijk waargemaakt in het hoger besproken wetsontwerp tot hervorming van het ondernemingsrecht]; (2) de definitie in Boek XX kan de begrippen “handelaar”, “koopman”, “handelsvennootschap” en aanverwante begrippen vervangen; (3) de nieuwe definitie maakt de afbakening van het toepassingsgebied eenvoudiger, omdat de definitie aanknoopt bij formele criteria in plaats van feiten⁴⁸. Deze uitgangspunten worden evenwel niet verder gestaafd met argumenten die aantonen waarom de uitbreiding noodzakelijk was en wat hiervan de voordelen zullen zijn⁴⁹. De implicaties van deze ruimere definitie worden hierna verder besproken.

14. Artikel XX.1 WER bestaat uit vier delen: 1) een positieve omschrijving van entiteiten die onderworpen worden aan het nieuw insolventierecht; 2) een negatieve omschrijving van entiteiten die niet onderworpen zijn aan het nieuw insolventierecht; 3) een specifieke groep ondernemingen die slechts deels onderworpen is aan het nieuw insolventierecht en tot slot 4) diverse verduidelijkingen rond de toepassing van het insolventierecht op de beoefenaars van een vrij beroep. Deze aspecten zullen achtereenvolgens worden behandeld in dit tweede hoofdstuk.

Afdeling 1. Entiteiten die beschouwd worden als een onderneming in de zin van artikel XX.1 WER

§ 1. Iedere natuurlijke persoon die zelfstandig een beroepsactiviteit uitoefent

15. Om feitelijke discussies over het toepassingsgebied te vermijden, kiest de wetgever voor een definitie van onderneming-natuurlijke persoon met een formeel criterium: de zelfstandige beroepsactiviteit⁵⁰. Door de definitie te enten op de zelfstandige beroepsactiviteit, kan elke activiteit in dienstverband van het toepassingsgebied worden uitgesloten⁵¹. Echter, onder het criterium zelfstandige beroepsactiviteit kunnen nog steeds een enorme hoeveelheid activiteiten worden gebracht. Men kan immers de definitie van onderneming-natuurlijke persoon herformuleren naar: alle natuurlijke personen die geen werknemer zijn, maar wel een beroepsmatige activiteit uitoefenen.

Feitelijke discussies blijven echter de kop opsteken. In de meeste gevallen zal er weinig twijfel bestaan over het zelfstandige karakter van een activiteit. Er lijkt wel ruimte voor discussie over het beroepsmatig karakter van een bepaalde activiteit. Zo kan men zich afvragen of een bezoldiging vereist is. Het lijkt redelijk om activiteiten enkel als beroepsactiviteit te kwalificeren als die het verwerven van een inkomen beogen. Ook de duurzaamheid van de activiteit kan richtinggevend zijn. Eenmalige activiteiten kunnen wellicht niet als beroepsactiviteit worden beschouwd⁵². Het aanvullend of hoofdzakelijk karakter van een beroepsactiviteit lijkt daarentegen geen rol te spelen bij de kwalificatie als onderneming⁵³. Deze interpretatie sluit ook aan bij de verduidelijking van de wetgever dat activiteiten in de deeleconomie, zoals Airbnb of Uber, eveneens aanleiding kunnen geven tot een kwalificatie als onderneming⁵⁴. Voor de meeste participanten in de deeleconomie is dit immers (slechts) een aanvullende activiteit.

^{47.} *MvT* nr. 2407/001, 24.

^{48.} *MvT* nr. 2407/001, 26-27. Een zeer gelijkaardige visie is tevens te lezen in *MvT* nr. 2828/001, 5-6.

^{49.} Zie hierover kritisch, W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 20-22. Bij de bespreking in de Kamercommissie van het Wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht, werd de minister ondervraagd over de te verwachten voordelen van deze nieuwe aanpak; zie Verslag Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 28.

^{50.} Derijcke wijst er terecht op dat dit formeel criterium evengoed zal moeten worden geïnterpreteerd, zodat de precieze invulling ervan subjectief blijft. W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 22-23.

^{51.} *MvT* nr. 2407/001, 27. Zie ook J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Het personeel toepassingsgebied van het faillissement: ‘de koopman’” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4.

^{52.} Deze overwegingen klinken ook door in de *MvT* nr. 2828/001, 10: de wetgever voegt er echter uitdrukkelijk aan toe dat er geen nood is om het begrip beroepsactiviteit verder te verduidelijken. De minister bevestigde deze visie tijdens de bespreking van het ontwerp in de Kamercommissie; zie Verslag Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 32.

^{53.} Zie in dezelfde zin Z. PLETINCKX, “Le champ d’application des procédures” in A. DESPOTIN, *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): un (r)évolution?*, Bruxelles, Éditions Larcier, 2017, 21-22. Dit is in lijn met het toepassingsgebied van het voormalig insolventierecht, waarbij eveneens aanvullende handelsactiviteiten in aanmerking werden genomen. Zie art. 2 Faill.W. jo. art. 1 W.Kh; J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Het personeel toepassingsgebied van het faillissement: ‘de koopman’” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl. 4-5.

^{54.} *MvT* nr. 2407/001, 27. Voor een verdere verduidelijking omtrent de vraag of activiteiten in de deeleconomie als ondernemingsactiviteit moeten worden beschouwd, zie *MvT* nr. 2828/001, 10.

16. De nieuwe definitie van natuurlijke personen-ondernemers zal tevens de zaakvoerders of bestuurders van een rechtspersoon onder de toepassing van het insolventierecht kunnen brengen. Tot op heden vielen zaakvoerders en bestuurders niet onder het toepassingsgebied van het insolventierecht, aangezien ze in beginsel niet beschouwd konden worden als handelaars⁵⁵. Zaakvoerders en bestuurders kunnen echter wel gevat worden door de nieuwe formele criteria van artikel XX.1, § 1, a) WER. Zaakvoerders en bestuurders werken niet in dienstverband, maar stellen op zelfstandige en duurzame basis handelingen voor de vennootschap. Wanneer deze personen hun taak beroepsmatig uitoefenen, zullen ze als ondernemers worden beschouwd⁵⁶. *A contrario* kan gesteld worden dat bestuurders die deze functie niet beroepsmatig uitoefenen, bijvoorbeeld onbezoldigde bestuurders van een VZW, niet beschouwd moeten worden als ondernemers.

17. Het verruimde ondernemingsbegrip breidt het insolventierecht uit naar een grotere groep van natuurlijke personen-ondernemers. Het is aangewezen dat deze nieuwe groep van ondernemers voldoende voorgelicht wordt over de mogelijkheden, maar ook de eventuele gevolgen van een insolventieprocedure. Een insolventieprocedure in hoofde van een natuurlijke persoon heeft immers steeds betrekking op het volledige vermogen⁵⁷ van de schuldenaar. Desgevallend kan de procedure ook doorwerken naar de echtgenoot/echtgenote van de schuldenaar op basis van het huwelijksvermogensstelsel. In het licht van de soms verstreckende gevolgen van een insolventieprocedure doen natuurlijke personen-ondernemers er goed aan om preventieve beschermingsmaatregelen te nemen. Zo kan elke “zelfstandige”⁵⁸ via een notariële verklaring van onbeslagbaarheid zijn woning laten beschermen tegen aanspraken van professionele schuldeisers⁵⁹.

18. Volledigheidshalve kunnen we aanvullen dat het toekomstige ondernemingsbegrip in de zin van artikel I.1, 1^o, a) WER dezelfde formulering hanteert. De groep natuurlijke personen-ondernemers blijft met andere woorden ongewij-

zigd. De *memorie van toelichting* bij het wetontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht bevat een aantal verdere verduidelijkingen over de wijze waarop deze eerste groep moet worden geïnterpreteerd⁶⁰.

De draagwijdte en de gevolgen van artikel I.1, 1^o, a) WER mogen niet worden onderschat. De ruime groep van natuurlijke personen-ondernemers wordt op deze wijze in beginsel onderworpen aan de volledige toepassing van het Wetboek economisch recht. In het wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht worden hierop wel een aantal uitzonderingen voorzien. De voorgaande aanbeveling met de betrekking tot de noodzaak om deze (soms kwetsbare groep van) natuurlijke personen voldoende voor te lichten, geldt des te meer voor de belangrijke gevolgen die de volledige toepassing van het WER op deze groep met zich meebrengt.

§ 2. Iedere rechtspersoon

19. Op grond van artikel XX.1, § 1, eerste lid, b) WER worden *alle* rechtspersonen onder het toepassingsgebied van het insolventierecht gebracht, met uitzondering van de publiekrechtelijke rechtspersonen⁶¹.

Het Belgisch recht bevat op heden geen heldere definitie van de rechtspersoon⁶². Wel is duidelijk dat er slechts sprake kan zijn van rechtspersoonlijkheid, wanneer de wetgever dit uitdrukkelijk bepaalt. Kenmerkend voor een rechtspersoon is het feit dat hij beschikt over een afgescheiden vermogen. Bijgevolg is het perfect denkbaar dat (het vermogen van) de rechtspersoon onderworpen wordt aan een insolventieprocedure. Dat neemt niet weg dat de veralgemeende toepassing van het insolventierecht op alle rechtspersonen voor een grote omwenteling zorgt.

20. Een eerste opvallende evolutie is het feit dat alle vennootschappen met rechtspersoonlijkheid onderworpen worden aan het insolventierecht⁶³. De wetgever neemt afstand van het vroegere onderscheid tussen commerciële en burger-

55. B. TILLEMANS, *Bestuur van vennootschappen*, Brugge, die Keure, 2005, 33; D. VAN GERVEN, “Les associés commandités sont-ils par nature commerçants lorsque la société en commandite simple l’est? Quelques réflexions sur la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée” (noot onder Cass. 19 december 2009), *RCJB* 2013, 442.

56. Zie in dezelfde zin Adv. RvS, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 285.

57. Noteer echter de nuancerings van art. XX.110 WER.

58. Zie art. 72 wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (BS 8 mei 2007): zelfstandige: “iedere natuurlijke persoon die in België een beroepsbezigheid in hoofdberoep, in bijberoep, of een beroepsbezigheid na pensionering uitoefent uit hoofde waarvan hij niet door een arbeidsovereenkomst of door een statuut verbonden is.”

59. Zie art. 72-82 wet van 25 april 2007 houdende diverse bepalingen (BS 8 mei 2007). Voor meer toelichting over deze beschermingsmaatregel, zie o.a. E. DIRIX, “Onbeslagbaarheid van de woning van de zelfstandige” in H. BRAECKMANS, F. DE TANDT, E. DIRIX, E. VAN CAMP, T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl.; M. CLERCQ, “Niet-vatbaarheid voor beslag van de woning van de zelfstandige” in E. DIRIX, P. FRANÇOIS en M. TISON, *Voorrechten en hypotheeken. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Mechelen, Kluwer, losbl.; S. BRIJS, C. DE MUYNCK, R. LINDEMANS en J. DE FAUW, “Beslagbaarheid”, *TPR* 2015, 356-357.

60. Zie *MvT* nr. 2828/001, 10-11.

61. Art. XX.1, § 1, tweede lid, c) WER.

62. Zie hierover uitgebreid V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 670 p.

63. Op heden de NV, BVBA, VOF, CVBA, CVOA, Comm.V, Comm.VA, ESv en LV – art. 2 W.Venn. Let op: deze lijst zal aangepast worden na de hervorming van het vennootschapsrecht, die momenteel in voorbereiding is.

lijke vennootschappen⁶⁴. Waar vroeger het insolventierecht voorbehouden was voor handelsvennootschappen⁶⁵, is de handelsaard van de vennootschap in het WER niet meer van tel. Dit impliceert dat het statutaire doel of de feitelijke activiteit van de vennootschap niet langer relevant zijn bij de bepaling van het toepassingsgebied. Het winsttoogmerk is evenmin relevant, wat betekent dat vennootschappen met een sociaal oogmerk zonder uitzondering onderworpen zullen worden aan het insolventierecht.

Boek XX WER zal tevens van toepassing zijn op vennootschappen, waarbij de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, i.e. VOF en Comm.V. Een belangrijk twistpunt bij dit type van vennootschappen is de vraag naar de gevolgen van het faillissement van de vennootschap voor de onbeperkt aansprakelijke vennoten. In een arrest van 19 december 2008⁶⁶ bevestigde het Hof van Cassatie in voltallige zitting zijn vaststaande rechtspraak dat de faillietverklaring van een VOF of Comm.V. gepaard gaat met de faillietverklaring van de betrokken vennoten⁶⁷. Vele auteurs waren het niet eens met deze beslissing en stelden de redenering van het Hof in vraag⁶⁸. In artikel XX.I, § 1, voorlaatste lid WER⁶⁹ maakt de wetgever een einde aan de discussie. Tegen de heersende cassatierechtspraak in wordt bepaald: “*het openen van een insolventieprocedure ten aanzien van een onderneming waarvan de vennoten onbeperkt aansprakelijk zijn, houdt niet noodzakelijk de opening van [eenzelfde] insolventieprocedure ten aanzien van de onbeperkt aansprakelijke vennoten in.*” De insolventie van de vennootschap en de vennoten zal bijgevolg voor ieder van hen afzonderlijk moeten worden onderzocht. Dit betekent bijvoorbeeld dat een vennoot van

een VOF enkel persoonlijk failliet verklaard kan worden, indien in zijn hoofde alle faillissementsvoorwaarden zijn vervuld en dit door de rechtbank wordt vastgesteld in een afzonderlijke faillissementsprocedure. In de *memorie van toelichting* wordt ook gesuggereerd dat er verschillende soorten van insolventieprocedures kunnen worden geopend in hoofde van de vennootschap en de vennoten⁷⁰.

De wetgever erkent wel uitdrukkelijk dat de insolventie van de vennootschap nauw samenhangt met de insolventie van haar onbeperkt aansprakelijke vennoten. Artikel XX.14 WER voorziet daarom in de mogelijkheid om de verschillende insolventieprocedures te laten behandelen door dezelfde rechtbank en in deze verschillende procedures dezelfde insolventiefunctaris aan te stellen⁷¹.

21. De uitbreiding van het toepassingsgebied van het insolventierecht naar *alle* rechtspersonen, veronderstelt tevens dat VZW's en stichtingen als ondernemingen zullen worden gekwalificeerd⁷². Onder het heersende insolventierecht zijn VZW's uitgesloten omwille van het ontbreken van winsttoogmerk⁷³. Deze zienswijze wordt verlaten in het nieuwe ondernemingsbegrip: enkel het formele criterium van rechtspersoonlijkheid is relevant. Dit betekent dat het insolventierecht onverkort⁷⁴ van toepassing is op de zeer diverse groep van VZW's: van de belangrijke ondernemingen binnen de non-profitsector tot de lokale kaartclub⁷⁵.

Het spreekt voor zich dat dergelijke omwenteling in het toepassingsgebied voor de nodige vragen en discussie zorgde bij het parlementair debat⁷⁶. Er werd gevreesd dat de dreiging van het insolventierecht mensen zou afschrikken om

64. Zie in die zin ook de expliciete aanpassingen van het bestaande Wetboek van Vennootschappen zoals voorgesteld in het wetsontwerp tot hervorming van het ondernemingsrecht; art. 19-20 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 13-14.

65. Zie voor de regeling voor invoering van Boek XX WER, J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “Boek I WER en wet natuurlijke rechter. Van handelsrecht naar ondernemingsrecht” in B. KEIRSBlick en E. TERRYn (eds.), *Het Wetboek economisch recht: van nu en straks?*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 56-57.

66. Cass. 19 december 2008, *Arr.Cass.* 2008, afl. 12, 3137.

67. Zie o. m.: Cass. 15 december 1938, *Pas.* 1938, I, p. 383; Cass. 2 december 1983, *Pas.* 1984, I, p. 372.

68. P. COLLE, “Is de uitbreiding van het vennootschapsfaillissement tot de meester van de zaak juridisch verantwoord?”, *RW* 1982-83, 1714; V. SIMONART, *La personnalité morale en droit privé comparé*, Brussel, Bruylant, 1995, 411-413; H. DE WULF, “Onbeperkte aansprakelijkheid van vennoten impliceert geen toerekening van handelaarshoedanigheid” (noot onder Kh. Tongeren 13 januari 2003), *TRV* 2003, afl. 8, 681; D. VAN GERVEN, “Les associés commandités sont-ils par nature commerçants lorsque la société en commandite simple l'est? Quelques réflexions sur la personnalité morale des sociétés à responsabilité illimitée” (noot onder Cass. 19 december 2009), *RCJB* 2013, 433-442. *Contra*: J. VANANROYE, “Het lot van de (werkende) vennoten bij het faillissement van een V.O.F. of Comm.V.” (noot onder Cass. 19 december 2008), *RW* 2008-09, afl. 34, 1429-1430.

69. Noteer dat deze regel behouden zal blijven na de hervorming van het ondernemingsrecht. Het wetsontwerp voegt een identieke regel toe aan art. XX.14 WER; zie art. 211 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 103.

70. *MvT* nr. 2407/001, 25.

71. Rekening houdend natuurlijk met de verschillende insolventieprocedures waarin de vennootschap en de onbeperkt aansprakelijke vennoten betrokken kunnen zijn.

72. *MvT* nr. 2407/001, 28. Zie hierover uitgebreid P. T'KINDT, “L'application du livre XX du Code de droit économique aux associations” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau livre XX du Code de droit économique consacré à l'insolvabilité des entreprises*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 47-67.

73. M. DENEf, “De VZW: nooit handelaar, ooit verkoper en steeds onderneming?” in B. TILLEMAn en E. TERRYn (eds.), *Handels- en economisch recht (Liber Amicorum G.L. Ballon)*, Mechelen, Kluwer, 2011, 326-327; J. VANANROYE en K.-J. VANDORMAEL, “De rechtbank van koophandel is bevoegd voor een vordering tegen een VZW met ondernemingsactiviteiten” (noot onder Arrondrb. Henegouwen 11 december 2015), *TBH* 2016, afl. 7, 676.

74. Noteer dat er binnen boek XX wel bepaalde uitzonderingen bestaan voor VZW's, zie bijv. art. XX.102 WER.

75. Derijcke vraagt zich af of dergelijke veralgemeende toepassing op alle VZW's geen schending uitmaakt van het gelijkheidsbeginsel, aangezien verschillende situaties hier op dezelfde manier zullen worden behandeld; zie W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d'application du droit de l'insolvabilité” in C. ALTER (ed.) *Le nouveau droit de l'insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 26 in het bijzonder vn. 63. Verder wijst hij terecht op de ongelijke behandeling tussen een VZW, die steeds onderworpen zal zijn aan het insolventierecht en een feitelijke vereniging die enkel onder het toepassingsgebied valt indien er sprake is van een uitkeringsoogmerk of feitelijke uitkeringen; zie W. DERIJCKE, *o.c.*, 27 en 29.

76. *Vr.en Antw.*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 5-24. Vooral de concrete uitwerking van een insolventieregeling voor VZW's en de gevolgen daarvan voor deze vennootschapsvormen werden aangekaart (*Vr.en Antw.*, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 16-24).

actief te worden of te blijven in een VZW, met nefaste gevolgen voor het vrijwilligerswerk dat binnen dit kader wordt gerealiseerd. Bij het beantwoorden van de parlementaire vragen heeft de minister getracht om aan deze bezorgdheden tegemoet te komen. Om de impact van de toepassing van het insolventierecht op VZW's goed op te volgen, schrijft het nieuw ingevoerde artikel XX.243 WER⁷⁷ voor dat de gevolgen hiervan na 2 jaar moeten worden geëvalueerd. Zo nodig moeten denksporen voor wetgevende verbeteringen worden voorgelegd aan de Kamer van Volksvertegenwoordigers.

22. Het toekomstige artikel I.1, 1^o, eerste lid, b) WER hanteert een identieke benadering: alle rechtspersonen worden als ondernemingen beschouwd zonder enig onderscheid. Zoals reeds aangestipt, betekent dit dat *alle* rechtspersonen niet enkel onderworpen worden aan het insolventierecht, maar vanaf de inwerkingtreding van de nieuwe Wet ondernemingsrecht ook gereguleerd zullen worden door de andere boeken uit het WER (tenzij de wetgever in specifieke uitzonderingen voorziet).

§ 3. Iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid met uitkeringsoogmerk of die feitelijke uitkeringen verricht

23. De laatste groep “ondernemingen” in artikel XX.1, § 1, eerste lid, c) WER is het meest cryptisch omschreven: “*iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid*”. Deze definitie moet samen worden gelezen met het tweede lid van artikel XX.1, § 1 WER waarin “*iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringsoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie*” wordt uitgesloten van het toepassingsgebied. Uit de uitsluiting van artikel XX.1, § 1, tweede lid WER volgt dat de definitie in artikel XX.1, § 1, eerste lid, c) WER een beperktere draagwijdte heeft dan op het eerste gezicht zou kunnen worden vermoed. Als onderneming worden slechts beschouwd: iedere andere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid *met uitkeringsoogmerk of die feitelijke uitkeringen verricht*.

De wijze waarop het eerste en het tweede lid van artikel XX.1, § 1 WER zijn geformuleerd, wijst in de richting van een vermoeden dat alle organisaties zonder rechts-

persoonlijkheid in beginsel als ondernemingen moeten worden beschouwd, tenzij deze organisaties kunnen bewijzen dat er geen sprake is van een uitkeringsoogmerk of feitelijke uitkeringen⁷⁸. Dit is een problematische situatie, aangezien er op deze wijze een negatief bewijs moet worden geleverd. De *memorie van toelichting* bij de wet van 11 augustus 2017 stelt evenwel het omgekeerde: er zou geen vermoeden gelden dat een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid een onderneming is. Wie dergelijke organisatie wil kwalificeren als een onderneming, zou moeten aantonen dat er uitkeringen gebeuren of dat er sprake is van een uitkeringsoogmerk⁷⁹. Deze visie werd bevestigd door de minister bij de bespreking van het nieuwe ondernemingsbegrip in het kader van het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht⁸⁰. De rechtspraak omtrent deze nieuwe groep van ondernemingen zal moeten uitwijzen op welke wijze het eerste en het tweede lid van artikel XX.1, § 1 WER (en later art. I.1, 1^o WER) moet worden geïnterpreteerd.

24. De wetgever dacht bij deze nieuwe groep ondernemingen vooral aan de maatschap, de tijdelijke handelsvennootschap en de stille handelsvennootschap^{81,82}. Deze vennootschapsvormen hebben geen rechtspersoonlijkheid, maar worden wel opgericht met het oogmerk om de vennoten een rechtstreeks of onrechtstreeks vermogensvoordeel te bezorgen⁸³. Dergelijke vennootschappen onder het insolventierecht brengen, is een goede zaak, al blijft de vermogensrechtelijke afwikkeling van dergelijke procedures complex. De wetgever probeert dit zo goed mogelijk te ondervangen door de vennoten van dergelijke vennootschappen zoveel mogelijk te betrekken bij de insolventie van de onderneming⁸⁴. Mogelijk (maar niet noodzakelijk⁸⁵) zullen ook de individuele vennoten onderworpen worden aan een afzonderlijke insolventieprocedure.

Andere voorbeelden aangestipt in de *memorie van toelichting* zijn de (buitenlandse) trust of handelszaak met een afgescheiden vermogen en/of beperkte aansprakelijkheid⁸⁶. Dergelijke buitenlandse organisaties zullen uiteraard enkele onderworpen worden aan het Belgisch insolventierecht indien hun centrum van voornaamste belangen in België ligt. Men kan verwachten dat deze toepassingen niet vaak zullen voorkomen.

25. Er zijn nog tal van andere voorbeelden, waarbij de feitelijke context determinerend zal zijn om te bepalen of de

⁷⁷. Amendementen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/006, 6.

⁷⁸. Adv. RvS, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 283.

⁷⁹. *MvT* nr. 2407/001, 25.

⁸⁰. Verslag, Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 33.

⁸¹. *MvT* nr. 2407/001, 29. Zie in zeer gelijkaardige bewoordingen *MvT* nr. 2828/001, 12.

⁸². Noteer dat de termen “tijdelijke handelsvennootschap” en “stille handelsvennootschap” tussentijds worden aangepast door het Wetsontwerp nr. 2828; zie art. 19 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 13.

⁸³. Zie art. 1 en 2 W.Venn.

⁸⁴. Bv. art. XX.41, XX.99, XX.100, XX.103 en XX.108 WER. Zie hierover ook *MvT* nr. 2407/001, 30-31.

⁸⁵. *Cf. supra*, randnr. 20.

⁸⁶. Deze voorbeelden worden hernomen in *MvT* nr. 2828/001, 12-13.

organisatie als een onderneming in de zin van artikel XX.1, § 1, eerste lid, c) WER kan worden gekwalificeerd. We stellen vast dat de derde groep van “ondernemingen” bijzonder ruim geformuleerd is, zodat de draagwijdte van het nieuw insolventierecht verre van duidelijk is. Dit is jammer: het insolventierecht brengt belangrijke vermogensrechtelijke gevolgen met zich mee en vereist dus een duidelijk afgebakend toepassingsgebied. Het kan niet de bedoeling zijn dat het insolventierecht onverhoeds vermogens vat (zij het leden van een feitelijke organisatie, zij het schuldeisers van deze leden of de organisatie), zonder dat men dit redelijkerwijze op voorhand had kunnen inschatten.

Naast de vragen over de precieze invulling van het toepassingsgebied, blijven er uiteraard ook vragen over de wijze waarop insolventieprocedures moeten worden geïnitieerd en vervolgens worden afgehandeld in hoofde van een organisatie zonder rechtspersoonlijkheid⁸⁷. Hierbij is vooral de vraag naar het vermeende gebrek aan afgescheiden vermogen van belang⁸⁸. De Raad van State vergelijkt deze situatie met het vroegere faillissement van de onregelmatige vennootschap⁸⁹. Vóór 1995⁹⁰ was het mogelijk om organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, wanneer zij financieel in slechte papieren zaten, als onregelmatige vennootschap te kwalificeren en vervolgens failliet te laten gaan⁹¹. Het faillissement van dergelijke onregelmatige vennootschappen en voornamelijk het ontbreken van een eigen vermogen van de organisatie zonder rechtspersoonlijkheid zorgde voor heel wat discussies⁹².

De hoger vermelde wettelijke oplossingen om de vennoten/leden verplicht te betrekken bij de insolventieprocedures in hoofde van de organisatie zonder rechtspersoonlijkheid bie-

den hiervoor slechts een begin van oplossing. De rechtbanken van koophandel zullen in dergelijke dossiers noodgedwongen met de nodige creativiteit en pragmatisme een uitweg moeten zoeken⁹³.

26. Het past om erop te wijzen dat deze derde groep van ondernemingen (organisaties zonder rechtspersoonlijkheid met uitkeringsoogmerk of die feitelijke uitkeringen verrichten) tevens onveranderd een plaats krijgt in het nieuwe artikel I.1, 1° WER. In de *memorie van toelichting* bij het wetsontwerp houdende hervorming van het ondernemingsrecht worden er verdienstelijke inspanningen gedaan om toe te lichten welke organisaties wel en welke organisaties niet als ondernemingen moeten worden beschouwd⁹⁴. Op vraag van verschillende commissieleden gaf minister Geens bijkomende toelichting bij de derde categorie van ondernemingen, waarbij talrijke voorbeelden werden aangehaald om de bedoeling te verduidelijken⁹⁵.

De veralgemening van het ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° WER biedt bovendien op haar beurt een aantal oplossingen voor de hierboven gemelde problemen. Wat betreft de identificatie van organisaties zonder rechtspersoonlijkheid zorgt het hangende wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht voor een verbetering door een verplichte inschrijving in de KBO op te leggen in hoofde van (bepaalde) organisaties zonder rechtspersoonlijkheid⁹⁶. Deze ingeschreven organisaties zonder rechtspersoonlijkheid zullen tevens kunnen optreden in rechte⁹⁷. Wat betreft de uitwinning van het vermogen van deze organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, legt de *memorie van toelichting* uitvoerig uit, hoe dit kan worden gerealiseerd, reke-

87. De vele onduidelijkheden gaven aanleiding tot een amendement om organisaties zonder rechtspersoonlijkheid terug uit het toepassingsgebied te halen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 7. Dit voorstel werd echter niet goedgekeurd en het art. XX.1 WER bleef ongewijzigd (art. bij eerste stemming aangenomen, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/005).

Adv. RvS, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 286.

88. Zie hierover kritisch, T. HURNER, “Les réformes importantes en matière de faillite dans le Livre XX ‘Insolvabilité des entreprises’ du Code de droit économique”, *Séminaire Vanham & Vanham*, september 2017, randnrs. 6-9 en Z. PLETINCKX, “Le champ d’application des procédures” in A. DESPOTIN (ed.), *La réforme du droit de l’insolvabilité et ses conséquences (sur les avocats): un (r)évolution?*, Brussel, Larcier, 2017, 31-34.

89. Adv. RvS, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/001, 286.

90. De wet van 13 april 1995 tot wijziging van de wetten op de handelsvennootschappen, gecoördineerd op 30 november 1935 (*BS* 17 juni 1995, p. 17.492), schafte deze mogelijkheid af.

91. A. LIMPENS, “Des sociétés constituées sans écrit” (noot onder Cass. 17 mei 1968), *RCJB* 1970, 217; W. DERIJCKE en F. ’T KINT, “Het faillissement” in *Rép.not.*, Deel XII, *Handels- en economisch recht*, Brussel, Larcier, 2006, 127.

92. K. GEENS en M. WYCKAERT, “Verenigingen en vennootschappen” in *Beginselen van Belgisch privaatrecht*, Mechelen, Kluwer, 2011, 755-770. Vooral de tegenstelling tussen vennootschaps- of organisatieschuldeisers en schuldeisers van de vennoten of leden van de organisatie geeft aanleiding tot discussie. Sinds het *Socol*-arrest van het Hof van Cassatie wordt aangenomen dat de schuldeisers van de organisatie of vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid voorrang krijgen op derden (Cass. 28 februari 1985, *Pas.* 1985, I, p. 795; E. DIRIX, “De tegenwerpelijheid van een tijdelijke handelsvereniging aan derden”, *RW* 1985-86, 1008). Andere auteurs zien in dit arrest een onterechte schending van het gelijkheidsbeginsel tussen schuldeisers en een schending van het beginsel “pas de privilège sans texte” (M. GREGOIRE, Note d’observation (noot onder Brussel 3 februari 1986), *TBH* 1988, 712 et seq.; T. TILQUIN en V. SIMONART, *Traité des sociétés*, Diegem, Kluwer, 1997, 198-199).

93. Tijdens de parlementaire voorbereiding wezen magistraten reeds op de te verwachten problemen, zie hierover o.a. J.-Ph. LEBEAU, voorzitter van de rechtbank van koophandel Henegouwen: Verslag, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 111-112.

94. Zo stelt de wetgever dat een vereniging zonder rechtspersoonlijkheid “uiteraard wel haar vermogen en winsten [kan] aanwenden om haar voorwerp te verwezenlijken, en meer bepaald om schenkingen of giften te verrichten of om de leden onrechtstreekse vermogensvoordelen toe te kennen, zonder dat dit leidt tot de kwalificatie als onderneming. Leden van een vereniging mogen immers voordeel aan hun lidmaatschap ontnemen. Maar die voordelen moeten zich binnen de grenzen van een normale verwezenlijking van het voorwerp van de vereniging bevinden (waarbij het desgevallend aan de feitenrechtters toekomt om te oordelen of vermogensoverdrachten zich nog binnen die grenzen bevinden).” *MvT* nr. 2828/001, 14.

95. Zie de uitvoerige voorbeelden in Verslag, Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 33-35.

96. Zie art. 64 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 25. Voor meer toelichting, zie *MvT* nr. 2828/001, 22-23.

97. Zie art. 12 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 7.

ning houdend met de voorgestelde wijziging in het Gerechtelijk Wetboek⁹⁸. Daarenboven zal er ook een boekhoudverplichting gelden in hoofde van deze organisaties zonder rechtspersoonlijkheid, wat een bijzonder nuttig instrument kan zijn bij insolventieprocedures (in de mate deze boekhouding beschikbaar én betrouwbaar is)⁹⁹.

Afdeling 2. Entiteiten die niet beschouwd worden als een onderneming in de zin van artikel XX.1 WER

§ 1. Organisaties zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringssoogmerk hebben of feitelijke uitkeringen verrichten

27. Zoals hoger besproken, wordt “*iedere organisatie zonder rechtspersoonlijkheid die geen uitkeringssoogmerk heeft en die ook in feite geen uitkeringen verricht aan haar leden of aan personen die een beslissende invloed uitoefenen op het beleid van de organisatie*” niet als onderneming beschouwd (zie art. XX.1, § 1, tweede lid, a) WER).

Als voorbeeld van uitgesloten organisaties verwijst de wetgever uitdrukkelijk naar feitelijke verenigingen¹⁰⁰. Dit voorbeeld biedt weinig meerwaarde, aangezien een feitelijke vereniging evengoed een onderneming kan zijn. Immers het onderscheidend criterium is niet of er sprake is van een feitelijke vereniging, maar wel of deze feitelijke vereniging al dan niet een uitkeringssoogmerk heeft (minder waarschijnlijk) of uitkeringen doet (afhankelijk van de feiten). De wetgever licht toe dat voor feitelijke verenigingen minder strenge regels verantwoord zijn, aangezien deze organisaties wegens hun informeel karakter niet makkelijk af te bakenen zijn. De hoger aangestipte wijzigingen uit het Wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht proberen het afbakeningsprobleem op te vangen.

28. Het begrip uitkeringssoogmerk of het verrichten van feitelijke uitkeringen wordt als volgt omschreven in de *memorie van toelichting* bij de wet van 11 augustus 2017: “*een uitkering bestaat [uit] elke overdracht van activa of aanneming van passiva, met een correlerende verrijking bij leden of beslissingsmakers zonder een tegenprestatie of met een kennelijk onevenwicht in tegenprestaties.*”¹⁰¹. Echter,

deze omschrijving van het begrip uitkeringssoogmerk laat nog steeds veel ruimte voor interpretatie: wat telt als tegenprestatie? Wat is de correcte verhouding tussen de uitkering en de tegenprestatie? Wat zal als overdracht van activa of aanneming van passiva kunnen worden gekwalificeerd? De *memorie van toelichting* bij het Wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht en het verslag van de bespreking van dit ontwerp in de Kamercommissie gaan dieper in op deze vragen en illustreren het onderscheid met talrijke voorbeelden¹⁰².

Nemen we een concreet voorbeeld voor ogen om de uitsluiting te concretiseren. Een jeugdbeweging zal wellicht genieten van de uitzondering van artikel XX.1, § 1, tweede lid, a) WER¹⁰³. Dit blijft zo wanneer de jeugdbeweging in kwestie een jaarlijkse wafelbak organiseert, zolang het ingezamelde geld wordt gebruikt binnen de organisatie en voor haar werking. Een uitkering aan haar medewerkers zou zelfs mogelijk zijn, indien dit in ruil is voor een tegenprestatie. De vraag is wat exact als tegenprestatie kan en mag worden beschouwd. Het is een weinig aantrekkelijk vooruitzicht dat deze vragen op basis van casuïstiek vorm moeten krijgen¹⁰⁴.

29. Wat de afbakening “uitkeringssoogmerk en/of feitelijke uitkeringen” betekent voor organisaties die historisch niet als ondernemingen werden aangemerkt, was voer voor discussie. Ter illustratie kan verwezen worden naar de kwalificatie van vakbonden binnen het nieuwe ondernemingsbegrip in het WER¹⁰⁵. Vakbonden hebben geen rechtspersoonlijkheid, maar beschikken wel over belangrijke activa en passiva. Er gebeuren wel degelijk uitkeringen aan hun leden. Indien hier een onvoldoende tegenprestatie tegenover staat, kunnen vakbonden eventueel worden gekwalificeerd als ondernemingen in de zin van het WER. In de parlementaire voorbereiding met betrekking tot Boek XX WER laat men uitschijnen dat vakbonden niet beschouwd worden als ondernemingen, maar dit standpunt wordt niet onderbouwd¹⁰⁶. Op uitdrukkelijke vraag van een commissielid bij de bespreking van het Wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht naar de kwalificatie van de vakbonden als onderneming, bevestigt de minister opnieuw dat vakbonden niet als ondernemingen kunnen worden beschouwd¹⁰⁷. Deze visie wordt gesteund op het argument dat organisaties zonder rechtspersoonlijkheid redelijke voordelen mogen toekennen aan hun leden, zonder dat dit als een

⁹⁸. Zie *MvT* nr. 2828/001,48-53, waarbij uitvoerig aandacht is voor de executiemogelijkheden op de goederen van de organisatie zonder rechtspersoonlijkheid (zie p. 52-53).

⁹⁹. Zie art. 73 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 29. Voor meer toelichting, zie *MvT* nr. 2828/001, 28-29 en 31.

¹⁰⁰. *MvT* nr. 2407/001, 31.

¹⁰¹. *MvT* nr. 2407/001, 31.

¹⁰². Zie *MvT* nr. 2828/001, 14 en toelichting door de minister in de Kamercommissie, Verslag, Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 33-35.

¹⁰³. We gaan er in dit geval dus van uit dat de jeugdbeweging geen VZW is.

¹⁰⁴. Tijdens de bespreking in de Kamercommissie werden gelijkaardige bezwaren geuit; zie Verslag, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 28.

¹⁰⁵. Zie ook Verslag, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 21, 119 en 122; Verslag, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/008, 4-5 en 51.

¹⁰⁶. Zie Verslag, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/008, 4-5 en 51.

¹⁰⁷. Verslag, Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/004, 35.

uitkering in de zin van het ondernemingsbegrip dient te worden beschouwd.

We kunnen besluiten dat de wetgever, die er in de parlementaire voorbereiding prat op gaat dat de afbakening van het ondernemingsbegrip veel eenvoudiger wordt door de invoering van formele criteria, deze verwachtingen wellicht niet helemaal zal kunnen inlossen¹⁰⁸. Het klassieke winstoogmerk als aanknopingspunt voor het traditioneel handelsrecht werd afgedaan als niet langer ter zake dienend, maar het nieuwe onderscheidingscriterium uitkeringsoogmerk of feitelijke uitkeringen leunt hier verdacht sterk bij aan¹⁰⁹. Tijdens de parlementaire behandeling van Boek XX WER werd een amendement ingediend om de criteria anders te formuleren¹¹⁰, maar uiteindelijk bleef de oorspronkelijke omschrijving overeind. Nu het ondernemingsbegrip uit artikel XX.1, § 1 WER quasi ongewijzigd zijn weg heeft gevonden in het nieuw ondernemingsrecht, lijkt er geen weg meer terug.

§ 2. Iedere publiekrechtelijke rechtspersoon

30. Eveneens uitgesloten van het insolventierecht is “*iedere publiekrechtelijke rechtspersoon*”. Noch artikel XX.1 WER, noch de *memorie van toelichting* geven een definitie van dit begrip. De wetgever verwijst wel naar artikel 1412*bis* Ger.W. aangaande de onbeslagbaarheid van goederen toebehorend aan publiekrechtelijke rechtspersonen¹¹¹. Deze verwijzing is logisch aangezien insolventieprocedures belangrijke vermogensrechtelijke gevolgen hebben. De interpretatie van het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon in het insolventierecht, kan dus aansluiten bij de interpretatie van dit begrip bij de toepassing van artikel 1412*bis* Ger.W. Deze insteek biedt evenwel slechts gedeeltelijk een oplossing, aangezien de interpretatie van het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 1412*bis* Ger.W. evenmin helder is afgebakend.

Algemeen geldt dat het begrip publiekrechtelijke rechtspersoon in het publiek recht niet op een eenduidige manier wordt gedefinieerd. Naar gelang de (concrete bedoeling van de) wetgevende tekst krijgt het begrip (en zijn vele synonien)

men) een andere invulling¹¹². Vereenvoudigd kunnen we stellen dat rechtspersonen die werden opgericht met het oog op het behartigen van het algemene belang als publiekrechtelijke rechtspersonen worden beschouwd¹¹³.

Klassieke voorbeelden van publiekrechtelijke rechtspersonen zijn de Staat, het gewest, de agglomeratie, de provincies en de gemeenten¹¹⁴, maar ook gedecentraliseerde diensten die rechtspersoonlijkheid krijgen toegekend voor het doel waarvoor ze zijn opgericht¹¹⁵, zoals de Orde van Vlaamse Balies¹¹⁶ of Nationale Kamer van Gerechtsdeurwaarders¹¹⁷, behoren tot die groep.

31. Bij gebrek aan een duidelijke definitie van publiekrechtelijke rechtspersonen zal de interpretatie en afbakening van dit begrip op een andere wijze moeten gebeuren. Om te bepalen of een (publiekrechtelijke) rechtspersoon al dan niet onder het toepassingsgebied van het insolventierecht valt, kunnen we rekening houden met de doelstelling van de uitsluiting. De wetgever verantwoordt deze uitsluiting op dubbele wijze: enerzijds zou het publiek recht reeds voldoende waarborgen bieden met betrekking tot deze publiekrechtelijke rechtspersonen en anderzijds zou de toepassing van het insolventierecht de werking van de overheid onevenredig kunnen verstoren¹¹⁸.

De formulering van de eerste verantwoording (voldoende waarborgen door het publiek recht) is niet zo helder. Bedoelt de wetgever dat het publiek recht voorziet in eigen mechanismen om insolventie van publiekrechtelijke rechtspersonen op te lossen¹¹⁹, of veronderstelt men dat publiekrechtelijke rechtspersonen nooit insolvent zullen worden omwille van “waarborgen in het publiek recht”. Het valt buiten het bestek van deze bijdrage om in te gaan op deze boeiende materie, maar ondertussen is al in verschillende landen gebleken dat insolventie van overheden geen fictie is en dat het (publiek) recht geen pasklare oplossingen heeft voor dergelijke situaties. Wanneer we dit eerste criterium willen gebruiken om het toepassingsgebied af te bakenen, betekent dit dat een rechtspersoon is uitgesloten in de mate er in het publiek recht bepaalde waarborgen bestaan met betrekking tot insolventie van deze rechtspersoon. Met andere woorden:

¹⁰⁸ In dezelfde zin, W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 30.

¹⁰⁹ In dezelfde zin, W. DERIJCKE, “Les nouveaux champs d’application du droit de l’insolvabilité” in C. ALTER (ed.), *Le nouveau droit de l’insolvabilité*, Jeune Barreau du Brabant Wallon, Brussel, Larcier, 2017, 28.

¹¹⁰ Amendement nr. 57, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 69; verslag, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/004, 32-33.

¹¹¹ *MvT* nr. 2407/001, 28.

¹¹² Zie hierover uitgebreid, F. VANDENDRIESSCHE, *Publieke en private rechtspersonen*, Brugge, die Keure, 2004, 531 p.

¹¹³ A. MAST, J. DUJARDIN, M. VANDAMME en J. VANDELANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, 100 (hierna A. MAST ET AL., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*); D. RENDERS, *Droit administratif général*, Brussel, Bruylant, 2017, 1.

¹¹⁴ A. MAST ET AL., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 100.

¹¹⁵ A. MAST ET AL., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 117-118.

¹¹⁶ Art. 488 Ger.W.

¹¹⁷ Art. 555/1 Ger.W.

¹¹⁸ *MvT* nr. 2407/001, 28.

¹¹⁹ Zie over de vraag of het publiek recht over de nodige instrumenten beschikt om de reorganisatie of liquidatie van publiekrechtelijke rechtspersonen in moeilijkheden in goede banen te leiden, S. COLAERS: “Insolventie van de overheid: schuldeisersbelangen versus algemeen belang”, *RPS* 2013, afl. 4, 405-418.

wanneer het publiek recht bescherming biedt, kan Boek XX WER niet worden toegepast.

De tweede verantwoording (verstoring van de werking van de overheid) is eerder een feitelijk afbakeningscriterium. Wanneer het insolventierecht de “continuïteit van de openbare diensten” zou verstoren, is het verantwoord om deze rechtspersoon uit te sluiten van het insolventierecht. Afhankelijk van de specifieke opdracht van de rechtspersoon zal deze impact meer of minder relevant zijn.

32. Om de uitsluiting van de publiekrechtelijke rechtspersonen uit het insolventierecht beter te begrijpen, moet er ook rekening worden gehouden met het nieuwe ondernemingsbegrip in artikel I.1, 1° WER. Een vergelijking tussen het nieuwe ondernemingsbegrip uit Boek XX en Boek I brengt een verschillende benadering aan het licht. Artikel XX.1, § 1, tweede lid, c) WER sluit alle publiekrechtelijke rechtspersonen uit, terwijl het nieuwe artikel I.1, 1°, tweede lid, b) WER bepaalt dat geen onderneming is, “*iedere publiekrechtelijke rechtspersoon die geen goederen of diensten aanbiedt op een markt*”. Hieruit volgt *a contrario* dat publiekrechtelijke rechtspersonen die WEL goederen of diensten aanbieden op een markt WEL als ondernemingen in de zin van Boek I worden beschouwd. Men beoogt hiermee onder andere de autonome overheidsbedrijven. Deze verdere nuancering wat betreft publiekrechtelijke rechtspersonen was noodzakelijk, om ervoor te zorgen dat deze overheidsbedrijven onderworpen worden aan de basisregels van het economisch recht, zoals het mededingingsrecht¹²⁰.

De vraag rijst echter of de nuancering uit artikel I.1, 1°, tweede lid, b) WER zal doorwerken naar het insolventierecht, eenmaal artikel XX.1, § 1 WER wordt opgeheven. Met andere woorden zullen publiekrechtelijke rechtspersonen die wel goederen of diensten aanbieden op een markt als ondernemingen onderworpen worden aan het insolventierecht? Het antwoord hierop is genuanceerd, maar wellicht negatief. Dit valt af te leiden uit een samenlezing van de nieuwe artikelen I.22, 7°/1 en I.22, 8° WER zoals voorgesteld in het Wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht¹²¹. De toekomstige versie van deze bepalingen luidt als volgt:

“7°/1 ‘*onderneming*’: een onderneming in de zin van artikel I.1, eerste lid, 1°, van dit Boek [I];

8° ‘*schuldenaar*’: een onderneming met uitzondering van iedere publiekrechtelijke rechtspersoon.”

Hieruit volgt dat het begrip “onderneming” in Boek XX, zoals gedefinieerd in het nieuwe artikel I.22, 7°/1 WER,

steeds moet worden begrepen in de zin zoals bepaald door het nieuwe artikel I.1, 1° WER. Rekening houdend met deze context zouden publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt onderworpen worden aan het insolventierecht, omdat ze als ondernemingen kunnen worden gekwalificeerd in de zin van artikel I.1, 1° WER. Dit uitgangspunt wordt echter in het gewijzigde artikel I.22, 8° onmiddellijk ontkracht. Immers onder het begrip “schuldenaar” worden ondernemingen begrepen, met uitzondering van IEDERE publiekrechtelijke rechtspersoon. Met andere woorden, bij de definiëring van het begrip schuldenaar beperkt de wetgever het toepassingsgebied van het insolventierecht tot ondernemingen met uitzondering van alle publiekrechtelijke rechtspersonen. Het begrip schuldenaar wordt in Boek XX WER bijna overal gebruikt om te verwijzen naar de (rechts)persoon die onderworpen wordt aan het insolventierecht. Het lijkt bijgevolg de bedoeling van de wetgever om alle publiekrechtelijke rechtspersonen uit te sluiten van het insolventierecht, inclusief de publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen of diensten aanbieden op een markt.

§ 3. Statelijke organisaties

33. De derde groep van uitgesloten rechtspersonen zijn: de federale staat, de gewesten, de gemeenschappen, de provincies, de hulpverleningszones, de prezones, de Brusselse agglomeratie, de gemeenten, de meergemeentezones, de binnengemeentelijke territoriale organen, de Franse Gemeenschapscommissie, de Vlaamse Gemeenschapscommissie, de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie en de openbare centra voor maatschappelijk welzijn.

Deze expliciete uitsluiting lijkt overbodig aangezien alle opgesomde organisaties ook publiekrechtelijke rechtspersonen zijn¹²² en reeds in artikel XX.1, § 1, tweede lid, b) WER werden uitgesloten. De wetgever bevestigt dit dubbel gebruik uitdrukkelijk in de *memorie van toelichting* bij de wet van 11 augustus 2017, maar legt uit dat het onderscheid nuttig is met het oog op het later gebruik door de wetgever van de bouwstenen van de voorliggende definitie¹²³.

Dit “later gebruik door de wetgever” doet zich momenteel voor bij het Wetsontwerp tot hervorming van het ondernemingsrecht. Zoals hierboven toegelicht, wordt er in het nieuwe artikel I.1, 1°, tweede lid WER een onderscheid gemaakt tussen verschillende types van publiekrechtelijke rechtspersonen naargelang ze wel of niet goederen of diensten aanbieden op de markt. Bijkomend wordt in artikel I.1, 1°, tweede lid, c) WER echter ook de expliciete opsomming

^{120.} Zie MvT nr. 2828/001, 12. De uitbreiding van het toepassingsgebied naar publiekrechtelijke rechtspersonen die goederen en diensten aanbieden op de markt wordt als volgt verantwoord: “Omdat ze deelnemen aan het economische leven en in concurrentie treden met privaatrechtelijke actoren, is het verantwoord dat ze principieel aan dezelfde regels als privaatrechtelijke ondernemingen worden onderworpen.”

^{121.} Zie art. 42 Wetsontwerp ondernemingsrecht, Parl.St. Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 19.

^{122.} A. MAST ET AL., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 100.

^{123.} MvT nr. 2407/001, 28-29.

van overheden herhaald als een voorbeeld van rechtspersonen die geen onderneming zijn. Men kan veronderstellen dat deze bijkomende verduidelijking tot doel heeft om de opgesomde overheden die mogelijk goederen en diensten zouden aanbieden op de markt toch volledig uit te sluiten van het ondernemingsbegrip op grond van punt c)¹²⁴.

Wat betreft het insolventierecht staat in elk geval vast dat zowel bij de toepassing van artikel XX.1, § 1, lid 2, c) WER, als bij de toepassing van artikel I.1, 1°, lid 2, c) WER¹²⁵ de opgesomde overheden steeds uitgesloten zullen worden.

Afdeling 3. De financiële sector als buitenbeentje

34. Artikel XX.1, § 3 WER¹²⁶ stelt dat de bepalingen van de Titels II, III, IV en V van dit boek niet van toepassing zijn op de kredietinstellingen, de verzekeringsondernemingen, de beleggingsondernemingen, de beheervenootschappen van instellingen voor collectieve belegging, de verrekenings- en vereffeninginstellingen en gelijkgestelde instellingen, de herverzekeringsondernemingen, de financiële holdings en de gemengde financiële holdings¹²⁷.

De Titels II (Opsporing van ondernemingen in moeilijkheden), III (Voorlopige maatregelen), IV (Ondernemingsbemiddelaar en minnelijk akkoord) en V (Gerechtelijke reorganisatie) bevatten regels die overgenomen werden uit de Wet Continuïteit Ondernemingen. De uitsluiting in Boek XX WER bestendigt hiermee de bestaande toestand, aangezien de financiële sector op heden ook uitgesloten is van het toepassingsgebied van de WCO¹²⁸.

35. De andere titels uit Boek XX zullen wel onverkort van toepassing zijn op de financiële sector. Dit betekent onder andere dat het faillissement (Titel VI) van een financiële instelling perfect mogelijk is. We kunnen ons evenwel afvragen of de wetgever zich bewust is van een aantal andere gevolgen voortvloeiend uit de toepassing van alle resterende titels uit Boek XX WER op de financiële sector.

Nemen we bijvoorbeeld de toepassing van de regels aangaande grensoverschrijdende insolventie (Titel VII) op de financiële sector. Dit staat haaks op de regeling in de Insolventieverordening nr. 2015/848, waarin financiële instellingen uitdrukkelijk van het toepassingsgebied worden uitgesloten¹²⁹. Het is wellicht niet de bedoeling om afbreuk te doen aan de Insolventieverordening nr. 2015/848, zodat we ervan uit mogen gaan dat Titel VII slechts gedeeltelijk zal kunnen gelden voor de financiële sector, m.n. de niet-Europese grensoverschrijdende insolventieprocedures.

Verder vestigen we kort de aandacht op de interactie tussen de regels aangaande het beroepsverbod in Titel IX van Boek XX WER en de specifieke regels aangaande het beroepsverbod in de financiële sector. Reeds voor Boek XX WER hadden de regels aangaande het beroepsverbod in KB nr. 22 van 1934¹³⁰ een algemene werking en werden deze zo nodig met de specifieke regels voor welbepaalde beroepsgroepen samen gelezen¹³¹. Een voorbeeld van specifieke regels voor de financiële sector vinden we in de wet van 25 april 2014¹³². Meestal bevatten de specifieke regels een uitbreiding van het toepassingsgebied¹³³ en een verlenging van de termijn¹³⁴ van het beroepsverbod. Wat betreft de financiële sector zal de gefailleerde (of eerder de bestuurders van de gefailleerde) niet enkel rekening moeten houden met de regels uit Boek XX WER, maar zal hij eveneens moeten verifiëren of bepaalde specifieke regels hem ervan zullen weerhouden (voor een langere termijn) een bepaald beroep uit te oefenen.

Afdeling 4. De bijzondere bescherming van de beoefenaar van een vrij beroep

36. De vrijberoepsbeoefenaar zal steeds beschouwd worden als een ondernemer in de zin van het WER. Ofwel gaat het om een natuurlijke persoon, die als vrijberoepsbeoefenaar geacht wordt zelfstandig een beroepsactiviteit uit te oefenen¹³⁵. Ofwel gaat het om een rechtspersoon, waarbij de aard van de activiteit geen rol speelt. In een aantal gevallen zou de vrijberoepsactiviteit uitgeoefend kunnen worden bin-

¹²⁴. Zie ook *MvT* nr. 2828/001, 12.

¹²⁵. Zie in de context van Boek I ook *MvT* nr. 2828/001, 12.

¹²⁶. Noteer dat dit na de aanpassing van art. XX.1 door de Wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht zal veranderen in § 2; zie art. 209 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 102.

¹²⁷. In eerste instantie was Boek XX van toepassing onverminderd het bijzonder recht dat de insolventie van de financiële sector beheerst (zie *MvT* nr. 2407/001, 150). Dit artikel is vervolgens geamendeerd zodat financiële instellingen van bepaalde titels in Boek XX werden uitgesloten (zie amendement, *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2407/002, 10).

¹²⁸. Art. 4, tweede lid WCO.

¹²⁹. Art. 1, 2. Insolventieverordening nr. 2015/848.

¹³⁰. KB nr. 22 van 24 oktober 1934 waarbij aan bepaalde veroordeelden en aan gefailleerden verbod wordt opgelegd bepaalde ambten, beroepen of werkzaamheden uit te oefenen en waarbij aan de rechtbanken van koophandel de bevoegdheid wordt toegekend dergelijk verbod uit te spreken (*BS* 27 oktober 1934, p. 382-384).

¹³¹. B. WINDEY en W. VAN GAVER, "Beroepsverbod" in H. BRAECKMANS, E. DIRIX, E. VAN CAMP en T. LYSSENS (eds.), *Faillissement & reorganisatie*, Mechelen, Kluwer, losbl., 4.

¹³². Wet van 25 april 2014 op het statuut van en het toezicht op kredietinstellingen [en beursvenootschappen] (*BS* 7 mei 2014).

¹³³. Art. 20, § 1 wet 25 april 2014.

¹³⁴. Art. 20, § 2 wet 25 april 2014.

¹³⁵. Wanneer een vrijberoepsactiviteit wordt uitgeoefend als werknemer (vb. een arts die als werknemer in dienst is van een ziekenfonds), zal er uiteraard geen sprake zijn van een ondernemer.

nen een maatschap, zodat men onder de derde categorie van ondernemingen zal ressorteren in de mate dat er sprake is van een uitkeringsoogmerk of feitelijke uitkeringen.

De hierboven besproken definitie van beoefenaar van een vrij beroep uit artikel I.1, 14° WER bevestigt eveneens uitdrukkelijk dat de beroepsbeoefenaar beschouwd moet worden als een ondernemer.

De uitbreiding van het insolventierecht naar de vrijberoepsbeoefenaar was een bewuste en tevens logische keuze. Dat neemt niet weg dat de wetgever oog heeft voor de specifieke situatie van de vrijberoepsbeoefenaar. Bijgevolg wordt er in Boek XX WER in verschillende waarborgen en beschermingsmechanismen voorzien. Ten eerste verduidelijkt de wetgever in artikel XX.1 WER een aantal principes. Ten tweede worden er punctuele aanpassingen voorzien binnen de verschillende insolventieprocedures.

37. Artikel XX.1 WER somt een aantal basisprincipes op en geeft aan dat de bepalingen nog aangevuld zullen worden met een specifiek koninklijk besluit, waarin de nadere toepassingsregels van Boek XX voor de vrijberoepsbeoefenaars en hun verenigingen worden geconcretiseerd¹³⁶.

Artikel XX.1, § 2 WER¹³⁷ garandeert de naleving van een aantal cruciale principes bij de toepassing van het insolventierecht. Het betreft de toegang tot het beroep, de beperkingen aan het beheer en de overgang van het vermogen, de eerbiediging van het beroepsgeheim en de vrije keuze van de patiënt of cliënt. Het bijzonder recht van de gereguleerde vrije beroepen of de ministeriële ambtenaren en notarissen blijft bijgevolg onverkort van toepassing. Wanneer er problemen zouden rijzen bij de toepassing van dit bijzonder recht in het raam van een insolventieprocedure, kan de rechtbank overeenkomstig artikel XX.1, § 4 WER¹³⁸ het advies vragen van de Orde of het Instituut waarvan de beroepsbeoefenaar deel uitmaakt. Dit advies kan gevraagd worden door de rechtbank, de gedelegeerd rechter, de rechter-commissaris, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van elke partij in de insolventieprocedure. De bevoegde Orde of het bevoegde Instituut moet een advies geven binnen een termijn van 8 kalenderdagen vanaf de ontvangst van het verzoek tot advies. Er is niet in een sanctie voorzien, wanneer dit advies niet tijdig wordt verstrekt.

38. De impact van de principes gewaarborgd door artikel XX.1 WER mag niet onderschat worden. De regels inzake de toegang tot het beroep en de beperkingen aan het beheer en de overgang van het vermogen zullen met zich meebrengen dat een overdracht van de activiteit van een vrijberoepsbeoefenaar in het raam van een gerechtelijke reorganisatie of een faillissement voor bepaalde beroepsgroepen, zeer moeilijk wordt. Het spreekt voor zich dat de activiteit van een insolvente vrijberoepsbeoefenaar enkel kan worden overgedragen aan een andere beroepsbeoefenaar, maar de specifieke voorschriften inzake de benoeming, standplaats, e.d. die gelden voor sommige beroepen¹³⁹, kan een overname sterk bemoeilijken.

De vrijwaring van het keuzerecht van de patiënt of cliënt is noodzakelijk, maar de patiënten of cliënten vormen tegelijk het belangrijkste activabestanddeel. Dit brengt ons bij de vraag of dit “cliënteel” te gelde gemaakt kan worden en op welke wijze dit dan kan gebeuren zonder te raken aan het voormelde keuzerecht én met eerbiediging van het beroepsgeheim.

De terugkerende benadrukking dat het beroepsgeheim moet worden gerespecteerd op verschillende plaatsen in het Boek XX WER, maakt duidelijk dat de wetgever dit principe steeds wil laten primeren bij de afwikkeling van insolventieprocedures. Dit zal echter met zich meebrengen dat zowel de rechtbank als de schuldeisers bepaalde informatie niet zullen krijgen.

39. Naast de vrijwaring van een aantal algemene principes voorziet de wetgever in specifieke regels op verschillende plaatsen in Boek XX WER ter bescherming van de vrijberoepsbeoefenaar. De belangrijkste elementen worden hierna beknopt samengevat.

Een eerste bescherming bestaat uit de verplichte aanstelling van een bijkomende insolventiefunctionaris, die ook beroepsbeoefenaar is¹⁴⁰. Zo zal er bij het faillissement van een arts een mede-curator arts moeten worden aangesteld¹⁴¹. Deze mede-curator moet de curator bijstaan en erover waken dat de specifieke beroepsgebonden regels gerespecteerd worden bij de afwikkeling van het faillissement¹⁴².

De wetgever achtte het tevens belangrijk om de Ordes en Instituten te informeren over de (nakende) insolventie van hun leden. Op verschillende momenten moet de Orde of het Instituut verplicht worden geïnformeerd door de recht-

^{136.} Zie art. XX.1, § 1, laatste lid WER.

^{137.} Noteer dat dit na de aanpassing van art. XX.1 door de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht zal veranderen in § 1; zie art. 209 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 102.

^{138.} Noteer dat dit na de aanpassing van art. XX.1 door de wet houdende hervorming van het ondernemingsrecht zal veranderen in § 3; zie art. 209 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 102.

^{139.} Bv. bij gerechtsdeurwaarders en notarissen.

^{140.} Daarom moeten de Ordes en Instituten verplicht een lijst opstellen van beroepsbeoefenaars die kunnen aangesteld worden als insolventiefunctionaris; zie art. XX.20, § 1, vierde lid WER.

^{141.} Zie art. XX.123 WER.

^{142.} De precieze afbakening en verdeling van bevoegdheid tussen de curator en de mede-curator is niet opgenomen in Boek XX. Dit aspect zal verduidelijkt moeten worden in het aangekondigde KB.

bank¹⁴³. Het valt evenwel op dat de wetgever deze kennisgevingen niet stelselmatig heeft ingevoerd. Zo zijn er verplichte kennisgevingen voorzien bij de neerlegging van een verzoekschrift tot gerechtelijke reorganisatie en de opening van de procedure van gerechtelijke reorganisatie¹⁴⁴, maar ontbreekt enige kennisgeving aan de Orde of het Instituut in geval van faillissement¹⁴⁵.

Verder blijft de bescherming van het beroepsgeheim prominent aanwezig in verschillende bepalingen van Boek XX WER. Bij wijze van voorbeeld kunnen we verwijzen naar de volgende bepalingen: artikel XX.7 WER (ambtshalve onderzoek door de rechtbank), artikelen XX.17, § 2, 5° en 18, § 1 WER (bescherming gevoelige informatie in Regsol), artikel XX.25 WER (afstapping in het raam van een “handelsonderzoek”), artikel XX.40 WER (toegang tot het dossier gerechtelijke reorganisatie), artikel XX.41, § 2, laatste

lid WER (informatie op te nemen in het verzoekschrift gerechtelijke reorganisatie), artikel XX.103 WER (informatie op te nemen bij de aangifte van faillissement), artikel XX.131, § 2 WER (toegang tot het faillissementsdossier) en artikel XX.143 WER (bescherming van de brievenpost in het raam van een faillissement).

Tot slot heeft de wetgever ook oog voor de wisselwerking tussen het insolventierecht en het tuchtrecht dat toepasselijk is op de vrijberoepsbeoefenaar. Het komt uiteraard toe aan elke beroepsorganisatie afzonderlijk om te bepalen of de insolventie van de beroepsbeoefenaar tuchtrechtelijke dan wel andere gevolgen met zich meebrengt. Om dubbele sancties te vermijden, bepaalt artikel XX.236 WER uitdrukkelijk dat de regels inzake beroepsverbod niet van toepassing zijn op ondernemingen die onderworpen zijn aan tuchtregels¹⁴⁶.

HOOFDSTUK 3. TEMPOREEL TOEPASSINGSGEBIED

40. Boek XX WER treedt in werking op 1 mei 2018 en zal enkel van toepassing zijn op insolventieprocedures geopend na de datum van inwerkingtreding¹⁴⁷. Dit betekent dat alle insolventieprocedures geopend vóór 1 mei 2018 beheerst worden door de bestaande WCO en de Faillissementswet, ook als ze op dat moment nog niet zijn afgerond. Bijgevolg zal het bestaand insolventierecht nog verschillende jaren relevant blijven, omdat alle lopende procedures zullen worden afgehandeld onder de bestaande wetgeving.

Men kan echter verwachten dat bepaalde nieuwe oplossingen uit Boek XX WER snel(ler) hun weg zullen vinden naar het insolventierecht. Het zou een goede zaak zijn indien de principes uit Boek XX WER rechters inspireren om problemen op te lossen in procedures die geopend zijn vóór 1 mei 2018, uiteraard in de mate dat dergelijke oplossing niet *contra legem* is. Zo kan het bestaand recht stilaan toegroeien naar het nieuw recht. We denken hierbij bijvoorbeeld aan de discussie over de draagwijdte van de boedelschulden uit artikel 37 WCO. Het valt niet uit te sluiten dat rechtbanken bij hun interpretatie over deze bepaling reeds aannemen dat fiscale en sociaalrechtelijke schulden hier ook onder moeten

worden begrepen, aangezien de wetgever duidelijk deze optie naar voor schuift in Boek XX WER¹⁴⁸.

Dergelijke geleidelijke symbiose is echter enkel mogelijk voor aspecten die niet uitdrukkelijk zijn geregeld in het bestaand recht en een uitdrukkelijke oplossing krijgen in het nieuwe Boek XX. Wanneer het aspecten betreft die verschillend zijn geregeld in beide wetgevingen, bijvoorbeeld het toepassingsgebied of de regels inzake kwijtschelding, zal 1 mei 2018 een strikte cesuur vormen voor wat wel of niet mogelijk is.

We kunnen besluiten met de vaststelling dat de insolventiespecialisten zich in de komende jaren op de twee vlakken zullen moeten bewijzen: er blijft een duidelijke nood aan kennis van het bestaand insolventierecht, maar er is tevens een grondig kennis nodig van alle vernieuwingen uit het Boek XX WER. Vanaf voorjaar 2018 wordt de belangrijkste voorvraag bij de analyse van elk insolventierechtelijk probleem: is de procedure in kwestie geopend vóór of ná 1 mei 2018?

¹⁴³. Zie art. XX.25, XX.41, XX.48, XX.83 en XX.133 WER.

¹⁴⁴. Art. XX.41, § 4 en art. XX.48, § 2 WER.

¹⁴⁵. Zie art. XX.107 WER, waar enkel melding wordt gemaakt van een publicatie van (een uittreksel van) het faillissementsvonnis in het *Belgisch Staatsblad*.

¹⁴⁶. We kunnen echter wel opmerken dat de wetgever deze regel zelf schijnt te vergeten, wanneer in art. XX.231 en XX.232 WER wordt bepaald dat het vonnis of het arrest waarbij een beroepsverbod wordt opgelegd ter kennis wordt gebracht aan de tuchtorgaan van de vrijberoepsbeoefenaar. Omwille van de uitsluiting in art. XX.236 WER kunnen er geen dergelijke beslissingen worden genomen ten aanzien van een vrijberoepsbeoefenaar. Deze vergissing wordt rechtgezet in het Wetsontwerp houdende de hervorming van het ondernemingsrecht; zie art. 241-242 Wetsontwerp ondernemingsrecht, *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2828/005, 109.

¹⁴⁷. Art. 72 Wet van 11 augustus 2017 houdende invoeging van het Boek XX “Insolventie van ondernemingen” in het Wetboek van economisch recht, en houdende invoeging van de definities eigen aan Boek XX en van de rechtshandhabingsbepalingen eigen aan Boek XX in het Boek I van het Wetboek van economisch recht (*BS* 11 september 2017). Zie over de overgangsmaatregelen, hierna I. VEROUGSTRAETE, dit nummer, p. 294.

¹⁴⁸. Zie art. XX.58 WER.